

DE LOS *ARBITRIA BONAE FIDEI* PRETORIOS A LOS *IUDICIA BONAE FIDEI CIVILES*

Antonio Fernández de Buján.

Índice: 1.- Observaciones preliminares. 2.- El *pactum* en las XII Tablas. Los pactos en el *ius gentium*. La sanción de los *pacta conventa* en el edicto pretorio. 3.- De la *fides* primitiva como fundamento de los pactos a la *bona fides* como regla de conducta y medida de responsabilidad en los negocios *iuris gentium*. 4.- *Bona fides* y *aequitas* como elementos de interpretación y aplicación de los *pacta conventa* reconocidos y protegidos por el *ius praetorium*. 5.- Origen de la noción de *arbiter*. Tipos de arbitraje. El *arbitrium* del *pactum conventum bonae fidei* como antecedente del *iudicium bonae fidei*.

1.- OBSERVACIONES PRELIMINARES

En el marco del debate doctrinal surgido en torno a cuál sea el origen y la naturaleza jurídica de los juicios de buena fe en una primera época, y del *iudicium*, con posterioridad, las divergencias de opinión oscilan entre las de aquellos autores que ponen el acento en la *fides* primitiva o los *mores maiorum*, a las de aquellos otros que lo hacen descansar en la jurisdicción de los pretores, la labor de la jurisprudencia, las *leges* o el *ius*. Se trata, en todo caso, de un problema complejo, como todos los de génesis agravado, en el supuesto que nos ocupa, por la inexistencia de fuentes concluyentes.

Los contrapuestos puntos de vista, no han logrado, no obstante, a mi juicio, arrumbar los postulados básicos de la teoría tradicional y mayoritaria en la doctrina, conforme a la cual de los *arbitria*, nacidos en el ámbito de la protección otorgada por los pretores a las prácticas e instituciones propias del tráfico comercial y del *ius gentium*, con fundamento no en el *ius* ni en las *leges*, sino en la *fides*, matizada en la nueva expresión de *bona fides*, se habría pasado a su incorporación al *ius civile* como *iudicia bonae fidei*. Sería conveniente, sin embargo, deslindar entre aquellos juicios de buena fe correspondientes a figuras jurídicas propias de la comunidad política romana, como la fiducia o la tutela, en las que el *ius*, los *mores maiorum* o la labor creadora de la jurisprudencia, habrían cumplido un significado papel, y aquellas otras instituciones propias del tráfico comercial interno o internacional, terrestre o marítimo, como la compraventa, *emptio-venditio*, consensual que es el *negotium ex fide bona contractu*, por excelencia, o con carácter general las denominadas *obligationes consensu contractae* en época clásica, que se habrían configurado en sus orígenes como negocios *iuris gentium*, sancionados en el seno del tribunal del pretor peregrino. A procurar el desarrollo de algunos de estos puntos de vista, van destinadas las páginas que siguen.

A grandes rasgos, las etapas correspondientes a la evolución habida desde los pactos realizados en el marco del tráfico comercial a los contratos consensuales de compraventa serían las siguientes:

1) Pactos, convenciones, acuerdos, etc., realizados en el marco del mercado interno, libres de formalidades, y protegidos por la *fides* primitiva.

2) Pactos, convenciones, acuerdos, etc., realizados en el marco del tráfico internacional y del *ius gentium*, libres de formalidades, y protegidos por una *fides*, ya evolucionada.

3) *Pacta conventa* protegidos por el edicto pretorio, en la medida en que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico, a través de los mecanismos procesales de la *exceptio* y la *denegatio actionis*, y que darían lugar en caso de discrepancias entre los intervinientes, al nombramiento de árbitros por los pretores, *arbitria bonae fidei*, que darían su parecer, *aestimatio* o *arbitrium*, con arreglo a criterios de *aequitas* y *bona fides*.

4) Trasvase de los *pacta-conventa* reconocidos y protegidos por los pretores peregrinos en su edicto, al edicto de los pretores urbanos y de éste al ámbito del *ius civile* como *negocios iuris gentium* de buena fe, respecto de los cuales se disminuirían las discrepancias que surgieran mediante *iudicia bonae fidei*.

5) Transformación de los negocios consensuales de buena fe y del *ius gentium* en la categoría de contratos consensuales (*obligationes consensu contractae*).

2.- EL PACTUM EN LAS XII TABLAS. LOS PACTOS EN EL IUS GENTIUM.

No es pacífica la cuestión atinente al significado del término *pactum* en las XII Tablas. En las formas de *pacere* o *pacisci*¹, se identifica, conforme a una posición restrictiva, con la idea de renuncia transaccional, mediante la que se pone fin a un conflic-

1 XII Tablas, I.6: «*Rem ubi pacunt, orato*». I. 7: «*Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. Cum perovanto ambo praesentes*». XII T., VIII, 2: «*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*»; Vid. sobre textos, ALBURQUERQUE, *Historia del «Pactum» antes del «Edictum»*: «*Pactum* como acto de paz en las XII Tablas, Estudios-Homenaje al Prof. Álvarez Suarez, Madrid 1988, pp. 1107 ss.

Se consideran asimismo referencias al *pactum* en las XII Tablas contenidas en las menciones D. 2.14.7.14: «*...De furtu pacisci lex permitit*», y AULO GELIO, *Noctes Atticae*: 20.1.46-47: «*...Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent*...».

Sobre la relevancia de los pactos anexos a las *mancipationes*, a través de la vía del carácter vinculante de las *nuncupationes*, conforme al texto de las XII Tablas: «*cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto*», vid. en BURDESE, *Patto, convenzione e contratto in diritto romano*, en Seminarios Complutenses de Derecho Romano, V, 1993, esp. pp. 50 ss.

A mi juicio, la afirmación contenida en el texto de las XII Tablas reseñado, parece mostrar en definitiva, que lo importante no es lo que se pesa, sino lo que se dice, lo que supone la relegación del peso del metal y la constatación de que o bien se usaba con anterioridad, o bien las XII Tablas consagraron la introducción del dinero amonedado, lo que se manifiesta por ejemplo en la utilización de la expresión *nuncupata pecunia* en el sentido de dinero amonedado. La manifestación verbal se coloca en primer plano y cobra relevancia respecto al hecho real al que responde el fondo del negocio, vid. en este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El precio como elemento en la emptio-venditio romana*, Madrid, 1993, 3ªed., pp. 19 ss.

La relevancia concedida al *dictum*, con la consiguiente obligación de respetar y cumplir lo acordado en el ámbito del formalismo caracterizador de los primitivos negocios típicos y orales, como la *mancipatio* y el *nexum*, tendría su equivalencia en el papel reconocido a una noción al propio tiempo metajurídica, ética y social como es la *fides* en el marco de las relaciones de tráfico internacional, básicamente comercial en el que intervenirían los extranjeros. En el sentido expresado, afirma CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, 1991, p. 63, que el «*uti lingua nuncupassit, ita ius esto civi*» se transforma ahora, en las convenciones del tráfico internacional, para los contratos libres de formas en el «*uti convenerit fide praestata, ita ius esto*».

to intersubjetivo², postura a la que se opone la opinión de aquellos autores que atribuyen al vocablo *pactum* una significación más amplia que la de transacción, renuncia o exención de responsabilidad, para identificarla con la noción positiva de convenio³.

Avanzada la República, la intensificación del tráfico comercial⁴, marítimo y terrestre, interno e intercomunitario, plantea la necesidad de protección por parte de los pretores de los acuerdos, pactos o convenciones propias del *ius gentium*, en atención a una serie de factores entre los cuales cabría mencionar los siguientes:

- a) No estan sancionados por el *ius civile*, y, en consecuencia, no resultan protegidos por las *legis actiones*.
- b) Los no ciudadanos romanos no pueden acceder a los negocios propios del *ius civile*, como la *mancipatio* o la *stipulatio* y demás negocios formales, que constituyen el núcleo de la actividad negocial de contratación en los primeros siglos.
- c) El formalismo caracterizador de los primitivos negocios típicos y orales, supone un lastre para las necesidades del tráfico comercial, que requiere por su propia naturaleza estar informado por los principios de agilidad, celeridad, libertad de formalidades, lealtad y buena fe en el trato, etc., lo que produce, como consecuencia, una contraposición entre la libertad de negociación propia del *ius gentium*, equiparable en buena medida a la actual libertad de contratación⁵, y la tipicidad contractual romana⁶.
- d) La inexistencia de fórmulas procesales que protejan la observancia y cumplimiento de las prácticas negociales o convenciones realizadas en el marco del *ius gentium*.

Sobre el significado y origen del *commercium* no hay suficiente acuerdo entre los romanistas. La tesis tradicional mantenida, entre otros autores, por Huvelin⁷, de que el *commercium* provocó la aparición del *ius gentium*, siendo la primera manifestación de éste, en el sentido de derecho del mercado establecido en tratados internacionales (entre ciudades), ha sido discutida, entre otros, por Sautel⁸, para el cual los tratados interna-

2 MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta*, «St. Senesi» VI/1 (1890), p. 75 ss., VIII (1891), p. 3 ss.; G. DIOSDI, *Pacta nuda seruabo?*, BIDR [1971], p. 89 ss.; MANENTI, *Pacta conventa*, «St. Senesi» (1915), pp. 203-225.

3 FERRINI, *Sulla teoria generale dei 'pacta'* (1892), in Opere, III, Milano 1929, p. 248 ss.. Sobre la función histórica del *pactum*, vid. FUENTESECA, *Visión procesal de la historia del contrato en Derecho Romano Clásico*, en Estudios Homenaje a A. D'Ors, Pamplona 1987, pp. 487-500.

4 Vid. a propósito del término *commercium*, CASTÁN VÁZQUEZ, *La recepción de voces de Derecho Mercantil en el Diccionario de Autoridades*, Estudios-Homenaje a Aurelio Menéndez, Madrid 1996, Tomo I, pp. Recientemente, MAROTTA, *Tutela dello scambio e commercii mediterranei in età arcaica e repubblicana*, en Ostraka, 5, 1996, I, pp. 55 ss.

5 Sobre el tráfico internacional de carácter mercantil vid. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano*, Studi Arangio-Ruiz, I, Milano, 1952, pp.442 y ss.; MEYER, *Bona fides lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen 1994, PENNITZ, R. DE MEYER, *Bona fides...* ZSS, 1997, pp. 590 ss., PRINGSHEIM, *Osservazioni sulla bone fides nel diritto romano obbligatorio*, Studi Arangio-Ruiz, I, Milano 1952, pp. 442 ss.

6 Vid., TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra "conventio" e "stipulatio" fino Labeone*, en *Contractus e pactum*, Napoli-Roma, 1990, pp.56 ss.

7 HUVELIN, *Etudes d'histoire du droit commercial romaine*, Paris, 1929, p. 12 y ss.; Vid., asimismo en el mismo sentido BESNIER, R.: *L'état économique de Rome au temps des rois*, R.D.H., 1934, pp. 405-463; PARADISI, B.: *Osservazioni sul rapporto storico tra diritto internazionale pubblico e diritto internazionale privato*, Studi Senesi, 1945, p. 242 y ss.

8 SAUTEL, G.: *Essai sur la notion romaine de «Commercium» à l'époque ancienne*. Varia. Etudes de Droit Romain, Paris, 1952, p. 31.

cionales, salvo el caso de los celebrados con Cartago, no llevaban cláusulas comerciales⁹. Sin embargo, a nuestro juicio, la tesis de Huvelin no resulta tan fácilmente rechazable como Sautel pretende, dado que la configuración de tribunales de *recuperatores*¹⁰, y la antigua idea romana de la *reciperatio*¹¹, son argumentos de mucho peso a favor de la probable existencia de una regulación de las reclamaciones surgidas en las relaciones con los peregrinos, y en especial las comerciales.

Asimismo, la aparición de la moneda acuñada¹² supone un evidente influjo en el mercado, al facilitar el desarrollo creciente del intercambio económico entre los pueblos; sin embargo, si bien en diversas fuentes literarias y epigráficas se hace referencia a la celebración de mercados regulares, cuyo origen parece muy antiguo, es corriente la afirmación de que es sólo a partir de la segunda guerra púnica cuando el pueblo romano entró en relaciones comerciales con las comunidades políticas del vecino Mediterráneo.

Según la tradición, la más antigua organización conocida de las relaciones de Roma con otras ciudades está constituida por la liga latina, que se remonta a la época monárquica y que fue renovada por Spurio Casio en el 493 a.c., mediante el llamado *foedus Cassianum*, el cual, según el testimonio de Dion. Hal., VI, 95, ya prevé las normas sobre el proceso (*reciperatio*) para los litigios surgidos entre miembros de las distintas comunidades, cláusula que implica de por sí el reconocimiento del *commercium*¹³-entendiendo por *commercium* o *ius commercii* el derecho a poder adquirir y transmitir bienes, así como a realizar negocios jurídicos de carácter contractual, constituyéndose en acreedor o deudor¹⁴- y de la recíproca tutela judicial entre las ciudades de la liga¹⁵.

9 Vid. en el mismo sentido, FRANK, T., *An economic survey of ancienne Rome*, t. I: *Rome and the Italy of the Republic*, 1927.

10 Vid. sobre *reciperatio*, WENGER, art. *Reciperatio*, en PW., p. 406 y ss.

11 Vid. a propósito de los *recuperatores*: BONGERT, *Recherches sur les récupérateurs*, Varia. Etudes de Droit Romain, I, 1952, p. 99 y ss.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F. *Sobre el origen de los "decemviri stilibus iudicandis"*, Rev. Fac. Der. Madrid, 8, 1964, p. 415 ss; PUGLIESE, *Sub voce "Recuperatores"*, N.N.D.I., 14, 1967, p. 1076 y ss.

12 Con la aparición de la moneda acuñada comienza en Roma la historia de la moneda propiamente dicha, de la *pecunia numerata* (*quae numeratur*), con respecto a la cual, los romanos, tenacísimos conservadores de sus usos, por lo menos en sus primeros tiempos, conservaron la palabra *pecunia* para designarla, por haber sido precisamente el ganado (*pecus*) el primer denominador común de los cambios. Que el origen de *pecunia* viene de *pecus* está fuera de toda duda, pero sobre la posibilidad de que la derivación sea indirecta. Vid. THORMANN, *Der doppelte Ursprung de Mancipatio*, Múnaco, 1943, p. 103 ss.

13 Textos fundamentales relativos al *commercium* son los siguientes:

Tituli ex corpore Ulpiani, 19, 4: «*Mancipatio ex corpore habet Inter. cives Romanos et Latinos Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est.*»; 19,5: «*Commercium est emendi vendendi invicem ius*»; 20, 13: «*Mutus surdus, furiosus, itemque prodigus, cui, lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest; furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua repossit; prodigus, quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest*».

14 A la luz de los textos citados en la nota anterior, parece que puede afirmarse respecto a la relación entre el *commercium* y la *mancipatio* que los peregrinos procedían de una comunidad que tuviese respecto a Roma el *ius commercii*, podrían realizar negocios mediante la *mancipatio*. Vid. en este sentido, KASER, M., *Vom Beriff des commercium*, Studi Arangio-Ruiz, 2, pp. 131 y ss.

A juicio de SAUTEL, G., *Essai sur la notion romaine de «commercium» à l'époque ancienne*. Varia. Etudes de Droit Romain, cit., pp. 4-ss, la correlativa referencia hecha por un jurisconsulto de fines de la época clásica como Ulpiano a la *mancipatio*, al decir que es accesible a los peregrinos *quibus commercium datum est*, y a la *emptio-venditio* en relación con el *commercium*, al decir «*commercium est emendi vendendique invicem ius*», supone una evidente contradicción entre ambos textos. En opinión de este autor, lo afirmado en las *Regulae*, 19, 5 es fruto de una glosa postclásica incorporada al texto clásico. Otros autores tratan de hallar una explicación a los textos citados, refiriendo la definición ulpiniana de *commercium* (*ius emendi vendendique*) a la época arcaica, en la cual las palabras *emere* y *vendere* tendrían el significado más amplio de adquirir y de vender. Cfr. POWERS, O., *Studies in the commercial vocabulary of early latin*, Chicago, 1944, pp. 311 y ss.

15 Vid. sobre este punto DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*, Vol.. II, Napoli, 1964, pp. 64 y 65.

Puede decirse, en definitiva, que la progresiva importancia de las relaciones comerciales entre Roma y los demás pueblos itálicos¹⁶, así como con otras comunidades políticas, probablemente fue un factor decisivo en el origen y desarrollo de la *iurisdictio* del pretor peregrino¹⁷ (dado que el edicto pretorio vino a establecer el código de un nuevo ordenamiento jurídico basado en la economía monetaria y en el *credendum*, convertido en idea central del *commercium*), y en la configuración del *ius gentium*¹⁸.

Los pactos o convenciones propios del *ius gentium*, producirían entre los intervinientes una vinculación en cuanto al cumplimiento de lo acordado, basada en la *fides*, la ética comercial y las costumbres y usos propios del tráfico¹⁹ y por tanto no jurídica. Su reconocimiento, probablemente primero en los edictos de los pretores peregrinos y con posterioridad en los edictos de los pretores urbanos, habría supuesto la sanción de su juridicidad y la correspondiente protección procesal a través de las vías de la *exceptio* y la *denegatio actionis*, siempre que no se opusiese a disposiciones legales, causaren daño a particulares o supusiesen una actuación dolosa o fraudulenta²⁰.

El reconocimiento y protección de los pactos (*nuda pactio*) se establece en la clausula genérica «*de pactis*» contenida en el Edicto pretorio, conforme a la cual no se considera a los pactos como fuentes de producción de obligaciones, exigibles mediante acciones, sino como modos de extinción de obligaciones a través de la *exceptio pacti* y de la *denegatio actionis*²¹.

Tales pactos privados de forma, en los que se encajan prácticas comerciales no sancionadas por el *ius civile*, son protegidos en el edicto pretorio a través de los mecanismos procesales de la *exceptio* y la *denegatio actiones* y mediante la concesión de *arbitria honoraria* para aquellos supuestos de discrepancia en la interpretación o aplicación entre los intervinientes en el pacto²².

La libertad en la formalización de los pactos nos sitúa en la problemática del consensualismo en la época republicana, aspecto del cual, como ha señalado Burdese, existe un amplio debate, dado que la tesis en su momento avanzada de Magdelain, en el sentido de una total apertura desde las XII Tablas al edicto pretorio, a la libertad o autonomía contractual, incluso más allá de una eficacia mera-

16 Tito Livio: *Ab urbe condita*, VIII, 14.10: «*Ceteris Latinis populis conubia comerciaque et concilia Inter. se ademerunt*».

17 Vid. sobre este tema, SERRAO, F., *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954.

18 Esta idea ha sido reiteradamente puesta de relieve por LOMBARDI en sus estudios sobre el tema: *Ricerche in tema de ius gentium*, Roma, 1947; *Diritto umano e ius gentium*, SDHI, 16, 1950, pp. 252 ss; *sub voce* «*Ius gentium*», NNDI, IX pp. 381-382.

19 Acerca de la asunción de las costumbres (*consuetudo, mos*) por los edictos de los pretores, vid. G. LOMBARDI, *Sul titolo 'quae sit longa consuetudo' (852[53]) nel Codice giustiniano*, in SDHI, 17 (1952) 31. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1993.

20 Cic., *De off.* III, 29, 92: «*Pacta et promissa semperne servanda sint. Quae nec vi nec dolo malo et praetores solent facta sint*». D.2.14.7.7 (Ulp., libro cuarto *ad edictum*): «*Ait praetor: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*».

21 Vid., al respecto en BONIFACIO, *Noterello in tema fi Editto*, en *Sinteleia Arangio Ruiz*, Nápoles, 1964, pp.128-133.

22 Vid., en ARCHI, *Ait praetor: "pacta conventa servabo"*, *Studio sulla generi e funzione della clausula nell' "edictum perpetuum"*, en *Scritti di Diritto Romano*, I, Milano, 1981, pp.497 ss.

mente obligatoria, ha sido recientemente reconsiderada por Schiavone, Santoro, Melillo y Filippo Gallo²³.

La significación específica del *pactum* como conversión o acuerdo, afirma Burdese, se ve clara en el binomio analítico *pactum conventum* (o *pacta conventa*) en el que los dos participios sustantivos aparecen en las fuentes unidos por las conjunciones *et* o *que* y que aparece también en la frase del edicto pretorio *pacta conventa... servabo* (Ulp. 2.14.7.7), bajo la rúbrica de *pactis* (*conventis* o *conventibus*)²⁴.

Hasta que se produce el reconocimiento y protección en el edicto pretorio de los pactos convenidos, éstos se enmarcaban sólo en el ámbito de la *fides*, conforme a la cual se exigía el cumplimiento de los acuerdos y la lealtad a la palabra dada. La sanción pretoria de los pactos supuso la aplicación a los mismos de los criterios de la *bona fides* y la *aequitas* propias del *ius praetorium*²⁵. La historia del *pactum* es por tanto anterior a la del contrato. Su génesis y desarrollo se habría producido en el marco del comercio, de la libertad de formas y de la consensualidad. La protección por el pretor de los pactos supondría, por tanto, un reforzamiento de la autonomía privada y de la libertad negocial²⁶, en la medida en que los pactos que constituían su principal expresión no fuesen contrarios al Ordenamiento Jurídico. La Protección pretoria originaria de los pretores se habría desarrollado, en consecuencia, al margen del *ius civile*²⁷. La protección de la consensualidad de los pactos, habría constituido el camino para la posterior asunción de esta idea en el *ius civile*, si bien de los *pacta conventa* recogidos en el edicto²⁸, sólo cuatro pasaron a la categoría de contratos con su nombre específico, bajo la fórmula de *obligationes consensu contractae*, como negocios *iuris gentium*²⁹.

Especial mención requieren la tesis de Magdelain acerca de los pactos y el consensualismo, debido a su originalidad y a la profusa crítica doctrinal provocada por su

23 BURDESE, *Sulle nozione....* cit., pp. 44. Observa, asimismo, este autor que los términos *pacere* y *pactio* son propios de las XII Tablas y de la época republicana, lo que no sucede con el término *conventio* poco utilizado en la República. Un síntesis de las opiniones doctrinales sobre el binomio *pactum-conventum* puede consultarse en ALBURQUERQUE, *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano*, Córdoba, 1995, pp. 37 ss.

24 Vid. en BURDESE, *Sulla nozione....* cit., pp. 43 ss., y la bibliografía allí citada. En contra, CANCELLI, «*Iudicia legitima*», «*arbitria honorariae*» «*advocatio*» di «*pro Quinto Roscio corroedo*» 5.15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone, en Atti del convegno «La giustizia tra i popoli nell'opera nel pensiero di Cicerone», Roma 1993, pp. 143 ss. Vid., asimismo, Gutiérrez García, La palabra pacto en las fuentes literarias, en Estudios Homenaje a B.Reimundo, II, Burgos, 2000, I, pp.433-440.

25 A la ponderación de la *aequitas* en los pactos se hace referencia en C.J. 2.3.12 (del 230 d.C.).

26 Respecto a la amplitud de contenido de los pactos: STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negòciale nell'esperienza tardo-repubblicana*. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della litera Florentina, Napoli-Roma 1990, 158 ss.

27 ALBANESE, «*Pactum*» e «*iudicatum*» in *testi retorici*, en *Brevi studi di diritto romano*, Palermo 1992, 9 s.; ARICO ANSELMO, *Partes iuris*, Palermo 1987, 6 ss.; STURM, *Wie sind Auctor ad Herennium 2. 13. 20 und Cicero, De inventione 2.22.68 zu aeuten*, en *Vorträge 28. deutch. Rechtshistorikertag*, Nijmegen 1992, 47 ss; KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle in römischen Recht*, ahora en *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, pp. 43 s.; VÉGH, *Ex pacto ius*, en *ZSS.* 110 (1993) 266 ss.

28 Acerca de la probable exigibilidad desde Quinto Mucio de las obligaciones derivadas de los pactos, vid. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, cit. En opinión de BURDESE, *Ius, consuetudine, pactum ius e res*, SDHI, 1995 pp. 707 ss., no resulta aceptable, en época ulpianiana, la correlación entre la *actio praescriptis verbis* y la cláusula pretoria de *pactis*.

29 Para GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, *Corso di Diritto Romano*, I, Torino, 1992, esp.pp. 60 ss, de Cic., *pro Caec.* 18, 51 cabría deducir la existencia de *formulae* (*iudicii formula*) para los *pacta conventa*.

formulación³⁰. Considera Magdelain que en el marco de una amplísima libertad o autonomía contractual en la República, el *edictum de pactis* pretorio otorgaría no sólo excepciones, sino también acciones para exigir el cumplimiento de determinados pactos. Para este autor, sólo a partir del momento en el que los juicios de buena fe derivados de los pactos correspondientes fueron asumidos por el *ius civile*, en los últimos siglos de la República, los pactos no integrados –salvo los *adiecta*, exigibles por medio de la acción correspondiente al contrato al que se agregan– producirían tan sólo el efecto de la excepción de cosa juzgada. Para este autor, en definitiva, la cláusula edictal referida en D. 2.14.7.7 constituye el anuncio y el antecedente de los futuros contratos de buena fe y juicios de buena fe contractuales³¹.

La teoría de Magdelain resulta aceptable, a mi juicio, especialmente en la medida que pone el acento en la importancia de la consensualidad en el marco de los pactos y negocios del *ius gentium*, así como en el papel jugado por el *ius praetorium* en su reconocimiento y posterior asunción por el *ius civile*.

3.- DE LA *FIDES* PRIMITIVA COMO FUNDAMENTO DE LOS PACTOS A LA *BONA FIDES* COMO REGLA DE CONDUCTA Y MEDIDA DE RESPONSABILIDAD EN LOS NEGOCIOS *IURIS GENTIUM*.

Como indica A. D'Ors, la *fides*, entendida como lealtad a la palabra dada, constituye una idea central del pensamiento político y jurídico de Roma –*fides deorum*, *fides Romana*, *fides patroni*, *fides tutoris*, *fides iudicis*, etc.– y el fundamento de todas las obligaciones no formales³². Sería el respeto a la *fides*³³ lo que haría social y éticamente exigibles el cumplimiento de los acuerdos o pactos libres de forma y de reconocimiento legal, con anterioridad a su sanción en el edicto pretorio. La lealtad a la palabra dada³⁴ no sería exigible jurídicamente como un deber jurídico basado en la ley, ni en el edicto, sino en la *fides*³⁵. Considerando el *ius civile* como el derecho propio de la *civitas*

30 MAGDELAIN, *Le consensualisme dans L'Edit du preteur*, Paris 1958; Id. *Les actions civiles*, Paris 1954; Id. *Gaius IV 10 et 33: Naissance de la procédure formulaire*, Tji: 59, 1991, pp. 239 ss.; Una apretada síntesis de la revisión crítica realizada por la doctrina de la teoría d Magdelain, puede verse en ALBURQUERQUE, *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano*, cit., pp. 43 ss.

31 Vid. sobre este último aspecto la crítica de TALAMANCA en *La storia dell'edictum de pactis*, Labeo, 6, 1960, pp. 278 ss; Id. *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*; *Stud. Droit Romain et sa réception en Europe*, pp. 195-266, Varsovia 1978.

32 La etimología del vocablo *fides* se contiene básicamente en los textos siguientes, Cic., *De re publica* 4,7,21: «*fides enim nomen ipsum nihi videtur habere, cum fit quod dicitur*»; Cic., *De off.*, 1,7,23: «*audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat quod dictum est, appellatum fidem*»; Isidoro de Sevilla, *Orig.*, 8,2,4: «*nomen fidei iude est dictum, si omnino fiat quod dictum est aut promissum, et iude fides vocata ab eo quod inter deum et hominem: hinc et foedus*»; Vid. a propósito de estos tres textos en CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, cit., pp. 13-14.

33 D'Ors, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 61 ss.; Para LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., p. 4., la unidad del nombre *fides* contrasta con la diversidad de significados del mismo. Por el contrario, para CASTRESANA, *Fides, bona fides...*, cit., pp. 11 ss., la *fides* es una y la misma en sus variados usos.

34 A propósito de la evolución de la *fides* desde su primitiva concepción como elemento mágico a su consideración como valor moral, regla laica de comportamiento, vid. SCHIAVONE, *Giurista e nobili nella Roma Republican*, Roma-Bari 1992, p. 70.

35 Sobre el papel de la *fides* en los diversos ámbitos vid.:

a) Con carácter general: DE FRANCISCI, *Storia del Diritto Romano*, Milano 1943, pp. 289 ss.; J. IGLESIAS, *Las fuentes del derecho romano*, Madrid 1989; FUENTESECA, *Visión procesal de la Historia del*

romana, las relaciones con otras comunidades, en origen latinas y con posterioridad itálicas y mediterráneas, hace necesario o bien el reconocimiento de los negocios realizados entre romanos y miembros de estas comunidades, a través de la vía de la concesión del *ius commercii* o bien la formalización de tratados internacionales, en los que se reconocía, expresamente, validez a las relaciones comerciales de los ciudadanos de los pueblos firmantes³⁶.

A los miembros de las comunidades vinculadas o sometidas o que tengan simplemente relaciones comerciales con Roma, se les permite el acceso a negocios del *ius civile* no formalistas, se crean tipos especiales nuevos, y se aceptan determinadas instituciones y prácticas comerciales de estos pueblos, que no chocan frontalmente con el viejo *ius civile*. Nace así propiamente un derecho del tráfico jurídico comercial, libre de formas, flexible, basado en la *fides* y la *bona fides*, en la lealtad y corrección en el trato, que al final de la República ya se denomina *ius gentium*, utilizándose la vieja palabra *gens*, que designaba a los grupos suprafamiliares con un antepasado común, que tan importante papel jugaron en la *civitas* primitiva³⁷.

El *ius gentium* no es un derecho de los extranjeros, sino un derecho accesible a los extranjeros³⁸, formado por instituciones romanas y no romanas, pero aceptadas estas últimas por los pueblos del mundo mediterráneo; de ahí que se hable en ocasiones de un pretendido derecho universal que no es tal en realidad, sino que es al universo romano al que se alude con la expresión. A las ideas anteriormente expresadas, se refiere el conocido texto de Gayo I, 1.1, recogido, asimismo, en D. 1.1.9.

El nuevo proceso por el que se sustancian los litigios de derecho de gentes es el formulario, que sustituye a las acciones de la ley. De derecho de gentes, en cuanto basados en la *bona fides* se consideran los contratos consensuales, compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad, la flexibilización de la *sponsio*, la sustitución de la *mancipatio* por la *traditio*, la inviolabilidad de los embajadores, etc. La *fides* con matiz subjetivo, que se objetiva por el magistrado en caso de conflicto y de ahí quizás la expre-

contrato, Estudios Homenaje a A. d'Ors, Pamplona 1987, pp. 469-516; BONFANTE, *La morale politica dei Romani*, Riv. Int. Fil. Del Dir., 1926 p. 108, «...el pueblo romano fue el pueblo del derecho y de la *fides*...»; BONFANTE, *Essenza de la bona fides e su rapporto con la teoria del onore*, BIDR, 6, 1892 pp. 94-95; LOMBARDI, *Dalla fides e la bona fides*, Milano 1961; CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid 1991.

b) En el marco de las relaciones internacionales: D. NÖRR, *Die Fides im römischen Völkerrecht*, Heidelberg 1991, trad., R. Domingo, Madrid, 1996; FREZZA, *A propositi di «fides» e «bona fides» come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e interregionale*, 1991, Scritti, 3, 2000, 661 ss.

c) Como fundamento de las instituciones del *ius gentium*: LAURIA, *Ius gentium*, Festschrift, P. Koschaker, I, Weimar 1939.

d) En el *fideicommissum*: ABELLAN, *Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos*, Madrid 1982, pp. 42 ss.; CASTRESANA, *Notas sobre la sanción jurídica de fideicomiso en el periodo republicano*, Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo V, cit.

e) Como rendición en la *deditio*: BESELLER, «*Bindung und Lösung*», ZSS, 49, 1929, pp. 615 ss.; PIGANIOL, «*Venire in fidem*» RIDA, 1º, 1950, pp. 342 ss.; PAOLI, «*Quelques observations sur la fides, l'imperium et leurs rapports*», Festgabe für A. Simonius, Basel 1955, pp. 273 ss.

f) Sobre fides noxal y crediticia: GARCÍA GONZÁLEZ, *Creditum, fides*. Alicante 1984; IMBERT, «*Fides et nexum*». Studi Arangio-Ruiz, V, Napoli, pp. 339 ss.

g) Sobre el vínculo de naturaleza ético-religioso entre cliente y patrono fundado en la *fides*: FREZZA, *Fides bona. Studi sulla buona fede*, Milano 1975, pp. 6 ss.

36 Vid. últimamente: DI PORTO, *Il diritto commerciale romano*, Ric. Gallo, 3, 1997, 413 ss.

37 Vid. con carácter general en LAURIA, *Ius gentium*. RIDA, 2, 1949, pp. 271 ss.; KASER, *Ius gentium*, Köln, Wien, Gray, 1993.

38 Vid. al respecto, MASCHI, *Istituti accessibili agli stranieri e ius gentium*, IUS, 13, 19962, pp. 368 ss.

sión *bona fides*, la razón natural (*naturalis ratio*) y la equidad, se convierten en los ejes del nuevo derecho y en su fundamento filosófico.

Cicerón, en *De officiis* 3.17.69, nos dice que el *ius gentium* es *ius civile*. Y ciertamente lo es en cuanto se aplica en territorio romano, por magistrados romanos y está integrado en buena medida por instituciones y normas romanas³⁹.

Sentada la idea de que el *ius gentium* se integra en el conjunto del *ius civile*, del que recibe normas e instituciones, hay que añadir a continuación que también instituciones, normas y prácticas nacidas en el seno del *ius civile*. Sintomático y significativo resulta el hecho de que el proceso formulario, que nace para conocer conflictos del *ius gentium*: primero convive con el procedimiento propio de los *cives romani*, y después acaba por desplazarlo, convirtiéndose en el único utilizable para sustanciar los litigios del *ius gentium* y del *civile*.

Todo el *ius gentium*, como señala Behrends, termina situándose bajo el dominio objetivo de la *bona fides*⁴⁰. En este marco, los *pacta* o convenios causales, obligatorios y consensuales, basados en la *fides* primitiva y en la *bona fides* pretoria, accesibles⁴¹ a *cives* y *peregrini*, y sancionados en el edicto del pretor⁴², habrían constituido uno de los elementos nucleares del *ius gentium*, entendido éste en la acepción de parte del Ordenamiento Jurídico, y de ahí el vocablo *ius*, accesible a personas no pertenecientes a la órbita ciudadana (a lo que respondería el término *gentium*)⁴³. *Fides* y *bona fides* no son conceptos equivalentes. Señala A. D'Ors que distinta de la *fides* es la *bona fides* del poseedor, la de la lealtad recíproca de las partes en determinados contratos o la diligencia general y media propia del buen administrador⁴⁴. Como afirma, asimismo, Lombardi, si la equivalencia entre *fides* y *bona fides* fuera absoluta, la literatura jurídica no habría acuñado la nueva expresión para remitir a ella, o bien ciertos supuestos procesales de

39 Cic., *de off.* 3.17, 69: «Itaque maires alinal iuris gentium, alind iuris civile esse vulerunt, quod civile non idem continum gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet». Gai., *Insts.* 3, 93: «... ceterae vero (verborum obligationes) iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive romanos sive peregrinos valent...».

40 BEHREND, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazione*, Index, 1983, pp.199 y ss.; A propósito de la *bona fides*, vid.: MEYLAN, *Le role de la bona fides*, Festgabe Simonius, Basel, 1935, pp.252 y ss.; WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, ZS, 80, 1963, pp. 9 y ss.; CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Nápoles, 1964; DAEZAC, W., *La funzione della espressione "ex bona fide" nella Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, RIDA, 43, 1996, pp.133 y ss.; Id., *L'uso della allocuzione "bona fides" nei giuristi classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali*, RIDA, 44, 1997, pp.71 y ss.; LITEVSKI, W., *Das Bestehen der "formula in ius concepta" mit der "Bona Fides"*, Klausel beim Pfand, Labeo, 1999, 2, pp.182 y ss.; FREZZA, "Fide bona", Scritti, 3, 2000, pp.197 y ss.

41 A propósito de la utilización y significación de los términos *pactum* y *conventum* en las fuentes literarias, vid. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in Diritto Romano*, cit, pp.48 y ss., y GUTIÉRREZ GARCÍA, "La palabra *pactum* en las fuentes literarias", Estudios-Homenaje Benito Reimundo, T.I., pp. 433 y ss. A la utilización del término en el sentido de *transactio* en época clásica, se refiere BURDESE, en NNDI, *sub voce pacta*, Diritto Romano, pp.709 y ss. Vid., asimismo, al respecto, FREIXAS, Una contribución al estudio Ulpiano 50 *ad edictum*, D.2.1.15 ("De transactionibus"), Estudios homenaje a J.Iglesias, Madrid, 1988, pp. 223 ss. Considera este autor que si bien la transacción está equiparada al *pactum*, el acuerdo transaccional tiene una significación más restringida que la derivada del *pactum*.

42 CICERÓN, en *de inv.* 2, 22, 67, distingue entre pactos relevantes y pactos privados de relevancia. Vid., al respecto en ALBANESE, "Pactum" e "iudicatum" in due testi retorici, en *Brevi studi di Diritto Romano*, Palermo, 1992, pp.16 ss.

43 LOMBARDI, Diritto Romano e *ius gentium*, SDHI, 1950, pp.254 y ss., hace referencia a tres acepciones distintas de *ius gentium*: 1. Concepto técnico: conjunto de normas e institutos conformados por obra del pretor peregrino, referidos a relaciones entre romanos y peregrinos y aplicables después por el pretor urbano tanto a *cives* como a *peregrini*; 2. Concepto abstracto: normas e institutos comunes a todos los pueblos civilizados, en tanto que fundados en la *naturalis ratio*; 3. Concepto publicístico: algunas normas e institutos hoy considerados de derecho internacional público.

44 D'ORS, A., Derecho Privado Romano, cit., pág.61.

oportere, o bien determinados tipos de contratos. Para éste sería la *fides* exigible al *bonus vir* cuando en determinadas relaciones jurídicas ha surgido un conflicto *inter partes*⁴⁵.

Podría, pues, afirmarse que la *bona fides* es un principio surgido en el marco de una ética comercial, libre de formas, basada en la reciprocidad, la confianza y la lealtad en el trato⁴⁶, lo que contrastaría con el sistema jurídico del *ius civile*, básicamente garantista y formalista, caracterizado por la tipicidad de base legal. Como afirma Wieacker, la buena fe romana –propia del *ius gentium*– supondría no sólo una conducta leal de respeto a la palabra dada, un comportamiento acorde con la ética jurídica, sino también un acatamiento y un respeto de los usos del tráfico comercial o mercantil, conforme al *standard* de la época⁴⁷.

Frente a la, en cierto sentido, caracterización subjetiva de la *fides*, y su *moverre* en la esfera de la libertad, la fidelidad y el cumplimiento de la palabra dada, la *bona fides* tendría un matiz más objetivo y objetivable que la *fides*, en cuanto se enmarcaría en el cumplimiento de los usos del tráfico, el respeto de la ética comercial, la bilateralidad y reciprocidad en la conducta respecto a la persona con la que se establece la relación jurídica, su campo de actuación sería más patrimonial que internacional y si bien será por sí sola fuente de vínculo obligatorio, sí sería un punto de referencia y un elemento relevante en determinadas situaciones del campo contractual, posesorio y procesal.

Contrarios a la *bona fides* se consideran en un primer estadio aquellas actuaciones afectadas por *fraus* o *dolus malus* y con posterioridad también las actuaciones culposas. La *bona fides* exige, asimismo, interpretar los negocios ateniéndose tanto a la letra como al espíritu de los mismos y acaba configurándose como una regla de conducta debida en las relaciones con la persona con la que entabla la relación jurídica. Para Schiavone la *bona fides* se identifica por primera vez con una medida de comportamiento de las partes, como elemento interno de la estructura de determinadas relaciones, configurándose, en definitiva, como un criterio abstracto⁴⁸. Finalmente, la *bona fides* acaba funcionando, también, como criterio de responsabilidad de los intervinientes en los negocios, lo que permite –en palabras de Castresana–, concretar la medida de su responsabilidad⁴⁹.

El carácter expansivo de la *bona fides* ha sido, por otra parte, constante, a lo largo de todo el desarrollo del Derecho Romano, desde su originaria concepción metajurídica hasta su consideración como elemento informador e integrador de toda la materia contractual. La expansión de la buena fe no se ha interrumpido hasta la actualidad, y hoy la buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento, informan la labor interpretativa y contribuyen como decisivo instrumento de integración⁵⁰. La buena fe, como observa Díez-Picazo, implica el comportamiento leal en la formación y en el desarrollo de las relaciones jurídicas, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones⁵¹, y podemos hablar de

45 LOMBARDI, *Della fides...*, cit., pág.181. En parecido sentido, afirma CASTRESANA “la *fides bona* es la misma *fides* a la que se había sometido el leal cumplimiento de la palabra dada en la *conventio*, si bien matizada ahora, una vez surgido el conflicto *inter partes* y en el ámbito del proceso, por la necesaria medida de responsabilidad en la que eventualmente incurre la parte que ha incumplido el vínculo de fidelidad”, *Fides...*, cit., pp. 64-65.

46 D.19.2.21.1. JAVOLENO, “*bona fides exigit, ut quod convenit fiat*”.

47 WIEACKER, El principio general de la buena fe, pp.67 y ss, y 81 y ss.

48 SCHIAVONE, *Giurista e nobili nella Roma Republican*, trad.J.L.Carro, Prólogo de L.Díez-Picazo, Madrid, 1982, pp.71 y ss.

49 CASTRESANA, *Fides, bona fides, etc*, cit, pág.68.

50 GONZÁLEZ PÉREZ, El principio general de la buena fe, 3ªed., Madrid, 2000, pág.22.

51 DÍEZ-PICAZO, Prólogo de la obra “El principio general de buena fe” de Wieacker, cit., pp.9 a 23.

buena fe, señala José María Miquel, como parte de los supuestos de hecho de las normas y de buena fe como criterio valorativo que contribuirá a construir normas nuevas e incluso alterar de algún modo las existentes⁵².

Ya a la amplísima extensión de la cláusula *ex fide bona* se refiere Quinto Mucio a fines de la República, cuando afirma en Cic., *de officiis* 3, 17 que tienen gran fuerza los juicios arbitrales a los que se añade la cláusula *ex fide bona*. En opinión de Schiavone, la cita de Mucio no es reconducible a los *libri iuris civilis* o al *liber singularis oron*. Sabemos que antes de su gran obra jurídica, Quinto Mucio había trabajado sobre la noción de buena fe, en el edicto del procónsul de Asia, (94 a.C.), en una época en la que Quinto era ya un prestigioso jurista, y en la que Cicerón considera su actuación como gobernante como un modelo organizativo provincial. Para Schiavone la *bona fides* en Quinto se configura como un paradigma ideal, y si para los *veteres*, en particular, para Quinto Mucio, la *bona fides* era un principio material que regía en el campo de las relaciones contractuales, respecto de los que se hablaba de una *interpretatio bonae fidei*, para la nueva jurisprudencia la *bona fides* es un elemento de determinadas fórmulas procesales, es decir, de los *bonae fidei iudicia*, que en atención a la cláusula *ex fide bona*, dan al juez poderes que les faltan en otros juicios⁵³.

La consideración de la *bona fides* como un principio general de todo el Ordenamiento Jurídico no llega a producirse en derecho Romano, pero sí tiene lugar, como ya hemos señalado, una evaluación expansiva en esta dirección, que se extiende más allá de los contratos consensuales, para incidir como elemento informador, inherente e integrador de toda la materia contractual. Así, Javoleno habla de la buena fe en lo convenido⁵⁴, Trifonino de la buena fe en los contratos⁵⁵, Paulo nos dice que en todo contrato debe darse la buena fe⁵⁶, y en una Constitución de los Emperadores Diocleciano y Maximiniano del 290, se indica que debe ponderarse la buena fe en los contratos⁵⁷.

Podríamos decir, en conclusión, que ya en el Derecho Romano, la progresiva incorporación al Ordenamiento de conceptos como *bona fides*, *boni mores*, *aequitas*, *fraus*, *dolus malus*, etc., supuso una ampliación de la discrecionalidad judicial y jurisprudencial, por la vía de interpretación, con toda la carga de creación que tiene en sí misma toda *interpretatio*, frente al legalismo formalista y su vertiente empobrecedora y asfixiante⁵⁸.

52 MIQUEL, J.M., "La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil", Anales de la Academia Matritense del Notariado, XXIX, pág.11 y Miquel y De Angel, en "Comentarios al artículo 7 del Código Civil", en "Comentarios al CC" dirigidos por R.Bercovitz, Díez-Picazo, Paz-Ares y Salvador, I, 1991.

53 SCHIAVONE, *Giurista e nobili nella Roma Republican*, cit., p.

54 D.19.2.21 (JAVOLENUS, Libro XI, Epistolarum): "...bona fides exigit, ut, quod convenit..."

55 D.16.3.31.pr. (TRYPHONINUS, Libro IX, Disputationum): "... bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat..."

56 D.17.1.59.1 (PAULUS, Libro Responsorum): "...quum in omni contractu bonam fidem praestare debeat".

57 C.J., 4.10.4 (Impp.Diocletianus et Maximianus AA. Liciniae, 290): "bonam fidem in contractibus considerari aequum est".

58 La *bona fides*, explica, al decir de BONFANTE, Scritti giuridici, I, Milano, 1956, pp.57 y ss, que Roma haya sido tan fecunda en la creación jurídica. Así, por ejemplo, la formulación de las diversas teorías de los actos de emulación en el medievo, el uso normal de los derechos de Ihering, la necesidad social de Bonfante, o el abuso del derecho (formalmente introducido en España por sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente Castán Tobeñas, y de ahí ha pasado al art.7.1º del Código Civil, conforme a la reforma del Título Preliminar de 1944) han sido realizadas tomando como base (incluso terminológica: insumisión (*insumisio*); actos de emulación (*aemulatio*); mal uso o abuso de un derecho (*mala nostro iure uti non debemus*); buena fe, utilidad pública y equidad como criterios conectores de los derechos (*bona fides, utilitas publica y aequitas*); intención de perjudicar (*animus nocendi*); excepciones o remedios frente a la actividad contraria a la buena fe o doloso (*exceptio doli*), textos de la compilación justiniana, vid. en este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Prólogo a la monografía de Mª CARMEN JIMENEZ. El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho Romano, Córdoba, 1999, pp.9-12.

La *bona fides* romana propia del *ius gentium*, que nace como modelo de conducta, arquetipo de conducta social, categoría de la moral social y exigencia personal de ética jurídica, acaba constituyéndose en el derecho actual como un concepto jurídico indeterminado y principio general informador de todo el Ordenamiento Jurídico, y la actividad del pretor romano por diversos caminos, se convierte en el modelo de la jurisprudencia europea sobre la buena fe⁵⁹.

4. *BONA FIDES* Y *AEQUITAS* COMO ELEMENTOS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN LOS *PACTA CONVENTA* RECONOCIDOS Y PROTEGIDOS POR EL *IUS PRETORIUM*.

La *fides bona* habría constituido el elemento esencial de los *pacta conventa* realizados en el marco de la contratación con extranjeros, y el más frecuente de estos *pacta* tendría la forma de *pactum vendendi emendi*, un pacto en el que uno vendía y otro compraba. Este pacto tendría como punto de cohesión la *conventio* o *convenire de pretio*, es decir, el acuerdo sobre el precio, el dar a cambio de un precio, *venum dare*, de donde se derivaría la palabra *vendere*, entrega de cosas a cambio de un precio. El *venum dare* se completaría con el *emere*, en la forma de *emptus*, que significaría aprehender mediante compensación. Estos pactos se realizarían originariamente entre extranjeros o entre romanos y extranjeros y serían, con posterioridad, protegidos en el marco del edicto de los pretores peregrinos⁶⁰.

Cuando el pretor, escribe Cannata, acoge en el edicto estos negocios del tráfico internacional –surgidos de la *conventio* y basados en el *fidempraestari* recíproco– reconduce el reconocimiento jurídico de los mismos al ámbito de su tutela jurisdiccional y, con ello, a la esfera del proceso y del *oportere* procesal...estamos, por tanto, ante un *oportere* no *ex lege* (*iure civile*), sino *ex fide*⁶¹.

En el Edicto del Pretor peregrino se sancionarían los *pacta conventa*, realizados con base en la *bona fides* y singularmente, el *pactum vendendi emendi*, entre un comprador y un vendedor. Tales pactos darían lugar a una *exceptio* o, en su caso, *denegatio actionis*, así como a la posibilidad, en caso de discrepancia, de que el pretor sancionase un *arbitrium*, que consistiría en una exigencia de cumplimiento de todo lo que pudiera derivarse de la buena fe en el nacimiento, desarrollo, interpretación y ejecución del pacto, y que sería conocido por uno o varios árbitros nombrados por el pretor, probablemente a propuesta de los intervinientes en el pacto, que podrían exigirse recíprocamente todas las consecuencias de dicha *bona fides*⁶².

59 WIEACKER, El principio general de la buena fe, trad.J.L.Carro, Prólogo de L.Díez-Picazo, cit., pp.40 y ss; 49 y ss; 81 y ss.

60 Vid., LOMBARDI, Diritto Romano e *ius gentium*, cit., pp.254 y ss., sobre pactos de compraventa propios del *ius gentium*, protegidos en el marco de la jurisdicción del pretor peregrino; GALLO, Sobre el papel innovador de los pretores y la consideración del *ius pretorium u honorarium*, para Quinto Mucio, vid., en GIUFFRÉ, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su "ius civile"/"ius honorarium"*, Napoli, 1993; PAPA, G., *L'officium del pretae nella produzione e applicazione del diritto*, 1997, SDHI, 1998, pp.634 y ss.

61 CANNATA, *Sulla divinio obligationem nell diritto romano repubblicano e classico*, IURA, 21, 1970, pp.63 y ss.

62 Sobre la jurisdicción del pretor peregrino como modelo para la noción de un tribunal supranacional, vid. CHIPANI, *La prospettiva dello ius commune e del praetor peregrinus*, en *Roma e America*, Diritto Romano Comune, 9, 2000, pp.353-359.

Cuando, en un momento posterior, se funden los edictos del pretor urbano y del pretor peregrino⁶³ y se reciben en el *ius civile* instituciones del *ius gentium*, a través de la vía del edicto de los pretores peregrinos, los *arbitria* propios de los *pacta emendi vendendi*, se transformarían en *iudicia bonae fidei*, en acciones de buena fe, mediante las cuales las partes podrían exigirse recíprocamente todo aquello que habían convenido y todo lo que, sin haberlo expresamente acordado, pudiese derivarse de la *bona fides* exigible a los negocios.

La labor pretoria llegó a ser de tal importancia que pudo afirmarse en un texto del Digesto, D.1.1.7.1: “*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adivandi vel supplendi vel consigendi iuris civilis gratia...*”⁶⁴. Conforme al *ius strictum* o *ius legitimum* no cabría una interpretación que fuera más allá de lo específicamente establecido en la ley o expresamente acordado por las partes. La introducción de la *aequitas* y la *bona fides*⁶⁵ por la jurisdicción pretoria supuso la introducción de criterios de ponderación, integración, supletorios, creadores, de atenuación del excesivo rigor⁶⁶ o analogía en la interpretación y aplicación de la ley y los negocios, en atención a circunstancias tanto objetivas, como subjetivas⁶⁷. Como afirma Gallo, el período de aplicación del derecho formulario coincide con la preeminencia en la realización del *bonum et aequum* en los casos concretos, respecto a las enunciaciones de las normas generales y abstractas, respecto de las cuales el pretor no consentía, con la *denegatio actionis* o la *exceptio*, la aplicación del derecho en vigor, o bien indicaba, en su lugar, para la aplicación, un *ius* diverso del establecido, cuando el primero no respondía en el caso concreto, al criterio del *bonum*, comprensivo también del *aequum*.

El período del procedimiento formulario habría sido, en definitiva, el de la preeminencia del *bonum et aequum* en los casos concretos, respecto a la enunciación de las normas generales y abstractas⁶⁸.

A la constante tensión que ha existido en todas las etapas históricas, en relación con la interpretación y aplicación de la ley, se refiere Wieacker cuando afirma en su conocido estudio sobre la buena fe que si se suprimiese la tensión entre el *ius strictum* y el judicial *ius aequum* existente en todas las grandes culturas jurídicas (*ius civile* y derecho pretorio, Common Law y Equity), se llegaría a una terrible simplificación de la equidad tan débil como totalitaria, que caracterizó al Derecho bizantino y también a un pasado no muy lejano⁶⁹.

63 Acerca de este punto, vid., en FUENTESECA, La necesidad de retornar al estudio del Edicto pretorio, AHDE, 39, 1969, pp.451-479. En relación con los pactos pretorios y su valor sistemático como categoría, vid., BURILLO, Los pactos en Derecho Romano, Anales Universidad de Murcia, vol.XXII, 3-4, 1963-1964.

64 D.1.1.7.1 (PAPINIANUS, libro segundo definitionum).

65 PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides*, Gesammelte Abhandlungen, I, Heidelberg, 1961, pág.165. Con carácter general la *aequitas* parece afectar circunstancias básicamente objetivas, y la *bona fides* a la conducta o comportamiento de los intervinientes.

66 D.50.17.192 (MARCELLUS, libro vicencino nono digestorum): “*sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius es quam tutius*”; D.50.17.56. (GAIVS, libro tertio de legatis ad edictumurbicum): “*Semper in dubiis benigniora praefenda sunt*”.

67 D.2.14.1.pr. (ULPIANUS, libro IV ad Edictum): “*... Huius Edicti aequitas naturalis est...*”; D.13.4.4.1: (ULPIANUS, libro XXVII ad Edictum) “*... In summa aequitatem quoque ante oculum habere debet iudex, qui huic actioni addictus est...*”; C.J.2.13.12 (del 230): “*Pacta novissima servari oportere, tam iuris quam ipsius rei aequitas postulat...*”.

68 Vid. en GALLO, *Un novo approccio per lo studio del ius honorarium*, SDHI, 1996, pp.39-40; Id., “*L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*”, *Corso di Diritto Romano*, Torino, 1997, pp.67 y ss.

69 WIEACKER, El principio general de la buena fe, cit, pág.96.

5. ORIGEN DE LA NOCIÓN DE *ARBITER*. TIPOS DE ARBITRAJE PRIVADO. EL *ARBITRIUM* DEL *PACTUM CONVENTUM* COMO ANTECEDENTE DEL *IUDICIUM BONAE FIDEI*.

Sabemos por las numerosas referencias contenidas en textos jurídicos y literarios, que el arbitraje cumplió en Roma, como en todas las comunidades primitivas, un importante papel, no sólo como complemento de la jurisdicción sino, en ocasiones, como alternativa a la acción judicial. La cultura del arbitraje nace en el ámbito del comercio internacional. El término latino *arbiter* derivaría de la lengua fenicia, haría referencia a garantía, conforme a la raíz fenicia *rbn*, y se habría introducido a través del comercio en la lengua latina⁷⁰. Los primeros árbitros, que serían a la vez garantes y peritos, habrían actuado dirimiendo conflictos que se plantearían en los mercados de Roma, si bien apenas conocemos datos seguros referidos a esta época.

La más antigua mención del término *arbiter* se contiene en las XII Tablas, en el texto que hace referencia a la *legis actio per iudicium arbitrive postulationem*, en el que se establecen que en el caso de división de herencia se designará un árbitro⁷¹. La actuación del árbitro en este caso obedecería al carácter legal de la previsión y su misión consistiría en realizar una *aestimatio* o *arbitrium* por el que se procedería a la división⁷². En la ley Licinia del 210 a.C., la designación del *arbiter* se producirá en todos los casos de división de una copropiedad, en los que no hubiese, como podría suceder en la división de herencia, acuerdo entre los condominios. A estos supuestos de división de herencia o cosa común se hace referencia en las Instituciones de Gayo⁷³. Supuestos de arbitraje legal serían, asimismo, aquellos casos a los que se hace referencia en Cicerón *pro Roscio* 4.11., en los que se afirma que en el caso de reclamación de una deuda indeterminada o de un *incertum* se procedería al nombramiento de un árbitro⁷⁴.

Pero además del arbitraje legal, caracterizado por el hecho de que está previsto por la Ley, y se concede al árbitro una amplia discrecionalidad en su decisión, si bien, a mi juicio, no podría decidir al margen de la legalidad vigente, la institución del arbi-

70 Vid., en este sentido, en MARTINO, *Arbiter*, Roma, 1986, pp.120 y ss; rec de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., en SDHI, 1987, pp.447-451. Vid., con carácter general, sobre arbitraje: DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani*, en BIDR, 5, 1892, pp.49 ss; ARANGIO-RUIZ Y PUGLIESE CARRATELLI, *Tabulae Herculanenses*, V, en la *La parola del passato*, 10, 1955, pp.449 y ss; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln-Graz, 1957, pp.44 ss; CRIFÓ, *Arbitrato al Diritto Romano*, en *Enciclopedia del Diritto*, 2, 1958, p.893; TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano, 1958, 11, nota 26; LEMOSSE, *Réflexion sur la conception romaine de l'arbitrage internationale*, en *Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für R. Schmidt*, 1966, pp.341 y ss; ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971, p.5 y ss; BUIGUES OLIVER, La solución amistosa de los conflictos en derecho romano el *arbiter ex compromisso*, Madrid, 1990, p.18; FAZZALARI, *Fondamenti dell'arbitrato*, en *Rivista dell'arbitrato*, 1, 1995, p.1; STEIN, *Roman arbitration: An English Perspective*, ILR, 29, 1-2, 1995, pp.1995 y ss; MARRONE, *Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana*, en *Roma y América*, Diritto Romano Comunque, 1998, pp.57-73. GONZÁLEZ SORIA, *La intervención judicial en el arbitraje*, Madrid 1980.

71 Conforme al comentario realizado por Gayo, I, 4.17.a., al texto de las XII Tablas, II, I: "... *Item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicium postulationem agit iussit. Idem fecit lex Licinia, si de aliqua se communi dividenda ageretur. Itaque, nominata causa ex qua agebatur, statim arbitri petebatur*".

72 XII T. , 1, 6.7: *in comitio aut in forum*, en opinión de MARTINO, la dicotomía *comitio-foro*, haría referencia a los distintos ámbitos de actuación de los jueces y de los *arbitri*, pues mientras que los *iudices* actuarían en el *comicio*, los árbitros lo haría en el foro.

73 Gai, I, 4.17a. y D.4.7.12 (Marc.14.inst).

74 Cic, *Pro Roscio* 4, 11: «...*aliud est iudicium, aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae*....».

traje tiene un campo de actuación más natural como técnica de resolución de conflictos basada en la autonomía de la voluntad de las partes.

En este sentido, se conoció en Roma, por una parte, el arbitraje no formal, derivado de un mero pacto y sin consecuencias jurídicas⁷⁵, el arbitraje derivado de los negocios del *ius gentium*, y el arbitraje compromisario, el cual supondría el acuerdo de las partes de someter el conflicto al conocimiento de un árbitro, *compromissum*, cuya decisión se comprometen a acatar y la aceptación por el árbitro de su función, *receptum arbitri*.

Las ventajas del arbitraje son evidentes: rapidez, economía, especialización en muchos casos del árbitro, no obligatoriedad de condena pecuniaria, etc. El arbitraje en Roma era de equidad, si bien quizás en el arbitraje legal, el árbitro no podía apartarse de la legalidad vigente. Su decisión se denominaba *arbitrium* o *aestimatio*, y podía y debía tener en cuenta todo lo que se derivase de la *bona fides* y de la *aequitas*, no siendo equivalentes las ideas de hacer uso de la equidad en la interpretación de una norma o de una cláusula, y de proceder a un arbitraje de equidad⁷⁶.

Del sustantivo *arbiter* derivan numerosos términos y expresiones jurídicas como: *actiones arbitrariae*, *interdictum per formulam arbitrarium*, *arbitratus iudicis*, *arbitrium tutelae*, *arbitrium boni viri*, *arbitrium merum*, etc⁷⁷.

Conforme al arbitraje de equidad el árbitro decidía originariamente conforme a su leal saber y entender, si bien con posterioridad se establece que debe tener en cuenta criterios de conducta o comportamientos propios del caso concreto. Se produce, asimismo, un progresivo acercamiento entre el arbitraje legal y el de *ius gentium* y el compromisario, en materia de actuaciones y garantías, en relación con el proceso ordinario.

En relación con lo que podría denominarse arbitraje de *ius gentium*, cabría afirmar que probablemente los *pacta conventa* reconocidos y protegidos en el Edicto del pretor peregrino, en caso de discrepancia en su interpretación o aplicación darían lugar al nombramiento de un *arbiter* por parte del pretor, quizás a propuesta de los intervinientes, que darían su opinión, *arbitrium*, con un margen amplio de discrecionalidad con arreglo a criterios de equidad y buena fe.

En D.19.1.38.1., se hace referencia a un pacto en el que un vendedor se ve obligado a sustentar durante un cierto tiempo al esclavo vendido y exige del comprador una indemnización para los gastos que éste le ha causado. La indemnización se fijará a través de un *arbitrium*, que haría necesaria la decisión tomada al respecto por un *arbiter*⁷⁸.

Pues bien, el origen de este *arbitrium* se atribuye al jurista Sextus Aelius Paetus Catus, cónsul en el 198 a.C., que hizo un comentario a las XII Tablas y a Druso, cónsul en el 144 a.C. Es decir, que estos dos juristas, Sextus Aelius y Drusus opinarían que en el caso de un problema de compraventa, relativo a una indemnización de gastos de la cosa, en poder del vendedor hasta el momento de la entrega, por causa del comprador,

75 Sobre el disfavor del pretor respecto de los arbitrajes no formales, vid., en MARRONE, *Sobre el arbitraje privado...*, cit., pág. 58, y sobre su, no obstante amplia difusión, vid. en ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht...*, cit., pp.161 y ss. y en BUIGUES, *La solución amistosa...*, cit., pp.20 y ss.

76 A propósito de la posibilidad de decidir la controversia en equidad para cuestiones edictales y no edictales, Vid., MARRONE, *Sobre el arbitraje privado...*, cit., pp.63-64 y la bibliografía allí citada.

77 A propósito de la distinción entre *arbitrium merum* y *arbitrium boni viri*, vid. en GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, Studi in onore G. Grosso II, Torino 1969; y BURDESE, *Diritto Privato Romano*, 3º ed. Torino 1987, p. 564.

78 D.19.1.38.1 (Celso, libro octavo digestorum): "*Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipio traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari. Sextus Aelius, Druxus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia*".

la cuestión debe resolverse a través de la vía de un *arbitrium*. Si mantenemos la postura de que aquí podríamos estar ante un arbitraje privado encargado por el magistrado, habría que aceptar que en el siglo II a.C. existía la posibilidad de resolver un problema derivado de una compraventa, no a través de un *iudicium*, sino de un *arbitrium*, lo que supondría una mayor flexibilidad y una especial valoración de la conducta existente⁷⁹. Quizás podría también pensarse que en el texto se estaría haciendo mención a un pacto *emendi vendendi*, en el que el árbitro cumpliría una función estimatoria, valorativa, y que el *arbitrium bonae fidei* constituiría un antecedente de las acciones de buena fe del contrato de compraventa⁸⁰.

La problemática que se plantease en el marco de los *pacta conventa* de buena fe y del *ius gentium*, se resolvería a través de la vía del arbitraje privado y una vez que estos pactos han sido sancionados y protegidos en el edicto del pretor peregrino, éste intervendría en el nombramiento del árbitro⁸¹, el cual decidirá mediante un *arbitrium* o *aestimatio*. La tesis de que las nociones de la buena fe y del *aequum et bonum* ha penetrado a través de los arbitrajes privados en la jurisdicción pretoria y de ahí se habría producido la derivación en *iudicia bonae fidei* ha sido básicamente sustentada por Brogini⁸² y se ha convertido en mayoritaria en la doctrina⁸³. Por el contrario para otros autores⁸⁴, los *iudicia bonae fidei* no responden a una creación pretoria, sino que han sido siempre civiles, al estar fundamentados en el *ius*, la *fides* contractual o los *mores maiorum* y su creación no ha sido obra de los pretores, sino más bien labor de la jurisprudencia⁸⁵.

A mi juicio, en el origen de los *iudicia bonae fidei* estaría la jurisdicción del pretor peregrino, que habría acogido y protegido en su edicto, *pacta conventa*, basados en la *bona fides* y en la *aequitas*, y propios del tráfico comercial internacional. Los conflictos en la interpretación o aplicación de estos pactos habrían dado lugar a *arbitria bonae fidei*, en los que el árbitro exigiría a las partes todo lo derivado de la *bona fides* negocial –*quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*–, lo que supondría una *aestimatio* del daño, del gasto, etc., y, en consecuencia la necesidad de tener en

79 Vid., en LOMBARDI, *L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia*, en RIDR, 63, 1960, pp.129 ss.

80 Vid. En relación con el origen del concepto del contrato en relación con el *consensus*, BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, en Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto Romano I, Milano 1988 pp. 18 ss; Id *Recenti prospettive in tema di contratti*, en Labeo, 38, 1992, pp. 215 ss; LABRUNA, *Plautio, Manilio, Catone: premesse allo studio dell' emptio consensuale*, Labeo, 14, 1968, pp. 24 ss. A propósito de la *exceptio doli* en los *iudicia bonae fidei* vid. GAROFALO, *Nozioni formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo. Jovene editore 1997, pp. 453-492

81 Acerca del carácter unipersonal o colegiado del número de árbitros se hace referencia en un texto del Digesto en el que se establece que aunque cabe que sea por el número de árbitros, suele y conviene que sea impar, a causa de la natural facilidad de los hombres para no ponerse de acuerdo, en D. 4. 8.17.

82 BROGINI, “*Index arbiterve*”, cit.

83 Vid. una amplia exposición de la controversia doctrinal, en KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., München 1996, pp. 153 ss. Partidarios del origen pretorio de los *iudicia bonae fidei* se muestran, entre otros autores, con diversos matices, LOMBARDI, *Dalla fides a la bona fides* cit.; WIEACKER, *Zum Ursprung der “bonae fidei iudicia”*, ZSS, 80, 1963, pp. 1 ss; FUENTESECA, *Visión procesal de la historia del contrato en Derecho Clásico*, cit., pp. 487-508; WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, cit., pp. 78-81; CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, cit., pp. 56-72.

84 Para D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, cit. Las acciones *bonae fidei* fueron siempre civiles. En el mismo sentido, PARICIO, *Sobre el origen y naturaleza de los bonae fidei iudicii*, en Estudios en Homenaje a Benito Reimundo II, pp. 189-197, que el magistrado se limitó a recibir en el Edicto unas acciones que ya eran *ius*, basadas en la *fides* y en la costumbre. Sobre el papel de la jurisprudencia en las acciones de buena fe en el edicto pretorio, vid. CREMADES, *El officium*, en el *Derecho privado romano*. León, 1988, pp.125 ss.

85 Vid. al respecto en FUENTESECA, *Visión procesal...* cit., pp. 508—516.

cuenta todos aquellos aspectos que supusiesen una derivación de la *bona fides*, como compensaciones, pago de intereses, falta de diligencia, prohibición de ir contra los propios actos –*venire contra factum proprium*– etc. Dicha valoración propia de los *arbitria bonae fidei* habría sido asumida primero como criterio valorativo de los *arbitria* en el edicto del pretor urbano y posteriormente asumido en los *iudicia bonae fidei* en que se transformaron tales *arbitria*.

Uno de los más paradigmáticos *pacta conventum*, el *pactum vendendi emendi*, se habría integrado, en consecuencia, primero en la esfera del edicto del pretor urbano y con posterioridad habría formado parte, junto con otros pactos o convenciones *iuris gentium*, la categoría de *obligationes consensu contractae*, cuya sanción se produciría a través de los *iudicia bonae fidei*. No todos los pactos *iuris gentium* se transformaron en contratos con *nomem contractus* y *actio* específica, *nomem actionis*, lo que supuso que los pactos no transformados en tipos integrados en categorías contractuales específicas, continuaron siendo protegidos a través de las vías de la *exceptio pacti conventi* y de la *denegatio actionis*⁸⁶.

En las *actiones bonae fidei*, como señala Wieacker, y ya en conclusión, nacidas probablemente como una creación pretoria en la época preclásica e integradas en el *ius civile* en la época clásica, la peculiaridad no residía en el *imperium* del pretor, sino en el margen de discrecionalidad que la indeterminación de la orden de condena –*quidquid dare facere oportet ex fide bona*– concedía al juez⁸⁷. En semejante sentido, y en palabras de Burdese, resulta innegable el reconocimiento, entre los siglos III y I a.C., de la tutela procesal, probablemente en la jurisdicción del pretor peregrino antes que en la del pretor urbano, trámite concesión de *arbitria honoraria* como parece calificarlos Cicerón (*pro Roscio Com.* 5.15)., de figuras causales de meras convenciones obligatorias que llegaron a constituir la categoría gayana de las *obligationes consensu contractae*, que van típicamente individualizándose y concretándose en la praxis negocial y judicial, con la ayuda de la elaboración jurisprudencial⁸⁸.

86 Vid. en relación con la formación de la idea de contrato, el influjo de la elaboración de conceptos y de una teoría para la enseñanza, en DE LOS MOZOS, J.J., Seminarios Complutenses 1994, pp. 103 ss. En relación con las ideas de *consensus* y *conventio* en los contratos, vid. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra "conventio" e "stipulatio" fino a Labeone*, in *Contractus e pactum*, cit., pp.56 y ss; Id., "Conventio" e "stipulatio", in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, *Atti del convegno di Diritto Romano, Siena, 14-15, aprile, 1989*, Napoli, 1991, pp.163 y ss., GALLO, *Sygnallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, 1992, pp.106 y ss.

87 WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, cit., p. 52.

88 BURDESE, *Patto, convenzioni e contratto in diritto romano*, cit., pp. 43-44.